A NECESSIDADE DA REFORMA PROCESSUAL PENAL PARA GARANTIA DA FORÇA DOS PRECEDENTES

Por Bruno Haddad Galvão, Defensor Público do Estado de São Paulo

Tema interessante e que vem criando corpo no direito brasileiro é da necessidade de se repensar a unidade do poder judiciário não somente do ponto de vista organizacional, mas do ponto de vista da unidade de resposta estatal ao jurisdicionado.

O assunto é bastante intrigante, eis que de um lado temos que prezar a liberdade de convicção do julgador e não robotização/engessamento dos pronunciamentos judiciais, e de outro o firmamento de um mínimo de identidade dos pronunciamentos do Poder Judiciário sobre determinados temas jurídicos e segurança aos jurisdicionados.

Longe de se esgotar o tema ou propor fórmulas, trata-se o presente artigo de uma reflexão de quem há muitos anos exerce sua função em Defensoria Pública Criminal.

Os pronunciamentos judiciais, diversamente dos pronunciamentos legislativos, não visam, via de regra, uma determinação de estabilização coletiva e abstrata. Leva-se sempre em conta a casuística a ele submetida e todos os enfoques jurídicos que a permeiam, não se afastando muitas vezes de circunstâncias fáticas – e por isso especiais – para sustentáculo e ponto de partida ao pensamento de firmamento de norma jurídica e judicial àquele caso concreto.

Se o Direito como um todo deve ser dinâmico, acompanhando o desenrolar evolutivo social, muito mais deve ser o Poder Judiciário, órgão incumbido da guarda da constituição através de sua cúpula, e garantidor da efetiva tutela de direitos.

Ocorre, todavia, que determinados assuntos prescindem, pelo menos em sua maior parte, de revolvimento fático para sua aplicação. Temos aqui as chamadas matérias de direito ou puramente jurídicas.

Ocorre que a norma, definida como resultado de interpretação, não se afasta do subjetivismo que compete a cada julgador.

A interpretação da legislação, culminando em norma, é fruto de um processo cerebral de cada indivíduo colocado na condição de intérprete em determinado momento histórico.

O Poder Judiciário, como função de poder e órgão, é subdividido para especialização e garantia de oferecimento com eficiência da tutela jurisdicional em todo território brasileiro.

O direito ao recurso de determinada decisão judicial também é garantido como direito humano previsto em instrumentos internacionais de que nosso Estado é signatário.

Desta forma, o Poder Judiciário é sob determinado ponto de vista hierarquizado, embora se garanta a liberdade de convicção a qualquer magistrado.

As súmulas vinculantes são exceção à liberdade de convicção do magistrado. Dentre outras finalidades, vieram para que o Poder Judiciário como um todo - e não apenas ele - começasse a obedecer e a respeitar decisões advindas do Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição) que solidifica entendimento sobre determinados temas a ele levados e que sobre eles reiteradamente se decide em determinado sentido.

Tal vem a garantir a rápida e segura resposta estatal ao destinatário desta função de poder, cabendo a chamada reclamação constitucional como meio de impugnação às decisões que a ela (súmula vinculante) contrariam.

Ocorre, todavia, que os operadores do direito e principalmente o destinatário da ordem judicial certamente reclamam além, ou seja, determinados temas são reiteradamente julgados num mesmo sentido, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, mas sem a força de súmula vinculante impedem seu aperfeiçoamento nas instâncias menores.

As tentativas de se buscar em primeira ou segunda instâncias o reconhecimento de um direito ainda não sumulado de forma vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente quando são favoráveis ao interesse do réu, é o sonho daqueles que tecnicamente sentam ao lado do acusado.

Muito se quer buscar e estudar alternativas de se reclamar aos Tribunais Superiores o descumprimento de questões postas à mesa em feitos criminais que já guardam soluções cristalizadas por eles, mas que não tem efeito vinculante.

Não é novo o estudo da possibilidade de reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal em face de decisões provenientes de Tribunais Estaduais ou Regionais Federais que afrontam de forma gritante decisão tomada por maioria e em composição plenária do Supremo Tribunal Federal, porém em controle difuso de constitucionalidade, embora em análise abstrata.

O fato é que determinados temas que prescindem de análise fática (em sua robustez) e que já têm solução pontual REITERADA por Tribunais Superiores, principalmente quando vêm a beneficiar a parte mais débil da relação jurídica processual PENAL, muitas vezes são ignoradas pelos Tribunais de Justiça Estaduais, Tribunais Regionais Federais, e juízes de piso, forçando que a parte percorra todo espinhoso caminho até chegar a bater as portas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que cassam/reformam as decisões impugnadas.

Isso traz insegurança ao jurisdicionado, e transforma o processo num caminho tortuoso e sofrível, como se os raios de um sol fervente não alcançassem as frias páginas de um conto que nasce, se desenvolve, e muitas vezes tem seu fim de forma muito antecipada.

Na maioria das vezes, por exemplo, não se consegue alcançar a Suprema Corte para que esta apenas repita seu entendimento ainda não sumulado de forma vinculante à parte mais fragilizada de um processo criminal.

Como o exemplo é algo que aclara e derrama conforto na leitura das fórmulas, citemos um deles.

No Estado de São Paulo quando a polícia militar/civil entende pela prisão em flagrante de certa pessoa, acreditando estar ela praticando o crime de tráfico de drogas (na

maioria das vezes com a simples apreensão da droga e denúncia anônima), os autos são encaminhados em 24 horas a um juiz e ao Defensor Público.

Analisado o caso pelo Defensor e verificada a impossibilidade de relaxamento da prisão em flagrante e a ausência de fundamentos ou requisitos para a prisão preventiva, se faz um pedido de liberdade provisória, com ou sem aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (aqui não vamos tratar do cabimento de liberdade provisória ao crime de tráfico, eis que se trata de questão completamente superada).

Diante da “gravidade abstrata do crime”, fatalmente na imensa maioria dos casos, nega-se o pedido da defesa e converte-se a prisão em flagrante em prisão preventiva. Os fundamentos são os mesmos em todos os casos, como num “copia e cola”.

Inconformada, a defesa impetra *habeas corpus*, que também na maioria das vezes tem sua liminar negada. Estuda-se aqui a possibilidade de manejar novo *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça alegando em início afastamento de súmula impeditiva diante do constrangimento ilegal manifesto.

Enquanto isso, há denúncia, notificação, defesa preliminar, e audiência de instrução, debates e julgamento.

Repete-se, em juízo, na maioria das vezes, as declarações que já constam do inquérito (encontro da droga, negativa de tráfico do réu, e denúncia anônima) e, quando o magistrado não se convence da absolvição ou porte/posse de drogas para consumo pessoal, a condenação é certa, e se mantém a prisão preventiva.

Com a sentença e manutenção da prisão preventiva, perde-se o objeto o *habeas corpus* impetrado, sendo que também na maioria das vezes o mérito do *writ* não foi ainda analisado. O réu ainda está preso.

Analisando a sentença, principalmente no que se refere à dosimetria da pena, em caso de réu primário e com circunstâncias judiciais favoráveis, com o art. 42, da Lei 11.343/06 também favorável, não se dedicando a atividades ou grupos criminosos, fixa-se a pena-base no mínimo, a mesma se mantém na segunda-fase, aplica-se o redutor previsto no §4.º do art. 33 da Lei 11.343/06, podendo a pena ser fixada definitivamente em 01 ano e 08 meses de reclusão, porém opta-se pelo regime inicial FECHADO por força da Lei dos Crimes Hediondos que assim determina, negando-se direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (vedação legal e alegação de que a medida não é adequada diante da mesma “gravidade abstrata”).

Ocorre, e aqui o leitor irá entender, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu REITERADAS VEZES, inclusive em sua composição plenária, mas em controle difuso de constitucionalidade, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, a INCONSTITUCIONALIDADE do §1.º do art. 2.º da Lei dos Crimes Hediondos, permitindo-se, com isso, a análise do magistrado, em relação ao exemplo aqui mencionado, do regime inicial de cumprimento de pena sob o mandamento da norma penal, ou seja, à luz do art. 33, §2.º, alíneas “a”, “b”, e “c”, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

O **Supremo Tribunal Federal**, em sua composição **PLENÁRIA**, por maioria de votos, em controle difuso de constitucionalidade (verticalizado, para muitos, pela abstrativização do controle difuso de constitucionalidade), entendeu como **inconstitucional** o §1.º do art. 2.º da lei 8.072/90, conforme julgamento do HC 111.840/ES, impetrado pela

Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Consta como decisão (datada em 2012) que “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, **deferiu a ordem e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007**, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que a indeferiam”.

Assim, e voltando ao exemplo, considerando a **quantidade de pena aplicada (com o redutor)**, que a parte é **primária** e que o **art. 59, do CP** (circunstâncias judiciais) é totalmente **favorável**, de rigor a fixação do regime inicial **aberto** ao caso.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa, é também de rigor, com a aplicação da **resolução nº 5, de 15/02/2012**, editada pelo Senado Federal, em cumprimento ao que prevê o artigo 52, inciso X, da CF, que suspendeu a eficácia da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direito” prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, após decisão plenária, em maioria absoluta e controle difuso de constitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

O Senado Federal

Resolve:

Art. 1º **É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.**

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Senado Federal, em 15 de fevereiro de 2012.
Senador JOSÉ SARNEY
Presidente do Senado Federal

Nota-se que o *habeas corpus* citado acima foi impetrado também pela Defensoria Pública, sendo concedida a ordem pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo este declarado, em controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade parcial do §4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

O Senado Federal, considerando esta decisão, agiu conforme determina o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, permitindo, **agora através da própria lei**, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em caso de aplicação do redutor previsto no parágrafo em comento.

Ocorre, todavia, que agora sem impeditivo legal, optam vários magistrados e Câmaras de Tribunais pela “gravidade abstrata do crime” como forma de negar a substituição.

De se destacar que após alguns anos de profunda luta, o Tribunal de Justiça Paulista já começa a se inclinar para o que vem decidindo de forma reiterada os Tribunais Superiores (regime aberto e substituição por pena restritiva de direitos). Neste sentido: **TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal n.º 0003313-70.2012.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, Rel. Des. Carlos Bueno, DJ. 09.05.13, Publicação em 06.05.13; TJ/SP, 12.ª Câmara de Direito Criminal, Apelação Criminal n.º 0011048-**

57.2012.8.26.0576, Comarca de São José do Rio Preto (5.ª Vara Criminal), Rel. Des. Paulo Rossi, “v.u”, d.j. 22.05.2013; **TJ/SP, 1.ª Câ. Crim.** (aqui só em relação à pena restritiva de direitos), AP 0906446-14.2012.8.26.0506, rel. Mário Devienne Ferraz, j. 15.04.2013, public. 22.04.2013, Cadastro IBCCRIM 2848; **TJ/SP, 1.ª Câmara de Direito Criminal**, Apelação Criminal n.º 003442-93.2012.8.26.0576, Comarca de São José do Rio Preto (3.ª Vara Criminal), Rel. Des. Péricles Piza, “v.u”, d.j. 03.06.2013.

Tal está muito longe de ser um alento, já que a maioria das Câmaras Criminais não entendem desta forma, obrigando a defesa a rumar a Brasília buscando apenas a aplicação de entendimento reiterado pelos Tribunais Superiores da República.

Na maioria das vezes, até que venha decisão superior, o réu já cumpriu toda a sua pena em regime diverso do determinado ao final.

É certo que alguns juízes de piso (raros), buscando a unidade e segurança citada no início deste artigo, fixam no caso do exemplo regime diverso do fechado, sendo passíveis à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, embora na maioria das vezes o réu fique preso preventivamente até a sentença.

Por esta razão e para estas questões, as Varas Criminais se transformam numa verdadeira “roleta russa”. O MESMO FATO e as mesmas CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E PESSOAIS de pessoas distintas podem ter (em relação, no caso do exemplo, à fixação do regime inicial e possibilidade de benefícios) destinos diversos a partir do distribuidor.

O jurisdicionado nada entende, sendo difícilimo explicar que matérias decididas reiteradamente pelo guardião da constituição (e última palavra sobre interpretação constitucional no Brasil) e que não são (ainda) súmulas vinculantes são na maioria das vezes IGNORADAS por juízes de piso e Tribunais inferiores.

Os operadores que compõe o sistema de justiça certamente clamam por uma solução. A força dos precedentes deve ter suas fórmulas repensadas.

Dispêndio desnecessário de dinheiro (privado e público) e de recursos humanos com tal situação poderia ser completamente evitado, vindo a garantir mais UNIDADE MATERIAL ao Poder Judiciário (em certas questões), SEGURANÇA e CREDIBILIDADE.